

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/36794>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

# Vrije beroepen, deontologie en het mededingingsrecht – hoeveel ruimte blijft er over voor beroepsregulering in advocatuur en notariaat?

Mr. J.C.A. Houdijk\*

## 1. Inleiding

'I wish liberal professions would stop defending a blanket exception to all their rules and would seize the opportunity to look at each rule separately and justify it explicitly.'<sup>1</sup> Aldus oud-EG-mededingingscommissaris Mario Monti in zijn voordracht bij de conferentie over (vrije)beroepsregulering in oktober 2003. De woorden zijn exemplarisch voor de gedachten in het hoofd van menig beleidsmaker, zowel op Europees als op nationaal niveau. Ook de voormalig directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) Kist heeft zich in deze richting uitgelaten.<sup>2</sup>

Op Europees en nationaal niveau richten de hervormingsgedachten zich zowel op de vrije beroepen<sup>3</sup> in het algemeen, als op specifieke vrijeberoepsgroepen. Of de hervormingsplannen nu algemeen of specifiek zijn, uiteindelijk krijgen ze hun concrete beslag in het desbetreffende beroepsveld. In een bijdrage over de vrije beroepen is het daarom zinvol om één of enkele beroepsgroepen centraal te stellen. Deze bijdrage concentreert zich op de juridische vrije beroepen, te weten de advocatuur en het notariaat. Voor deze vrijeberoepsbeoefenaren staan de komende jaren een aantal interessante hervormingen op stapel – de initiatieven en voorstellen daartoe komen uitgebreid aan bod in deze bijdrage.<sup>4</sup>

De beroepsregels van vrijeberoepsbeoefenaren als advocaten en notarissen liggen al enkele jaren onder vuur van economisch georiënteerde rechtsgebieden als het mededingingsrecht. Het gaat daarbij om de beroepsregels die economische effecten genereren, zoals verboden op economische samenwerkingsverbanden, het verbod op 'no cure, no pay' en beroepsmonopolies. Overigens zullen veel beroepsregels op een of andere wijze economische gevolgen met zich meebrengen. Zelfs voorschriften betreffende deskundigheid of beroepseer kunnen in het uiterste geval zulke gevolgen hebben, zoals discriminerende erkenningsregelingen of reclameverboden. Zie daar de in potentie zeer grote reikwijdte van een rechtsgebied als het mededingingsrecht. Alleen van voorschriften betreffende bijv. het procesoptreden kan men zeggen dat ze (nagenoeg) geen economisch effect hebben en daardoor bij voorbaat buiten het bereik van het mededingingsrecht vallen.

Uit verschillende beleidshoeken komen de laatste jaren voorstellen tot hervorming van de vrijeberoepsre-

gelgeving. Doel is over het algemeen om te komen tot grotere concurrentie binnen de vrije beroepen, zonder daarbij mogelijk marktfalen uit het oog te verliezen.<sup>5</sup> De grote vraag is of de vrije beroepen in de losgebarsten beleidsstorm nu dienen te vrezen voor het gros van hun beroepsregels, of dat het uiteindelijk allemaal wel meevalt.

In nationale regelgeving kan een onderscheid gemaakt worden in regels betreffende markttoetreding (toegang tot de uitoefening van het vrije beroep) aan de ene kant, en regels betreffende marktgedrag (binnen het vrije beroep) aan de andere kant.

De eerste categorie bestaat voornamelijk uit overheidswetgeving en wordt voor een groot deel te be-

\* Junior wetenschappelijk medewerker bij de sectie Internationaal & Europees Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen. De auteur wil graag prof. dr. A.-M. Van den Bossche en mr. J. Meulman danken voor hun commentaar op eerdere versies van dit artikel. Het manuscript van deze bijdrage is afgesloten op 1 juni 2005.

1. Mario Monti, *Comments and concluding remarks of Commissioner Monti at the Conference on Professional Regulation*, Brussels: European Commission Centre Borschette, 28 October 2003, p. 10.
2. Zie de bijdrage over mededingingsrecht en de advocatuur van d-g NMa A.W. Kist ter gelegenheid van het Jonge Balie Congres 2002, *Advocatuur – het spel of de knikkers*, p. 4-6, beschikbaar op <www.nmanet.nl/Images/11\_3865.pdf>.
3. De definitie van het begrip 'vrije beroepen' van de Europese koepelorganisatie van vrijeberoepsbeoefenaren (CEPLIS) luidt als volgt: 'Vrije beroepsbeoefenaren verlenen op een persoonlijke en onafhankelijke basis intellectuele diensten en dragen daarvoor alleen de verantwoordelijkheid. Zij verlenen hun diensten op grond van hun speciale professionele bevoegdheid, in het belang van hun cliënten en in het algemeen belang. De beroepsuitoefening is onderworpen aan specifieke, professionele verplichtingen volgens nationale wetgeving, of volgens op autonome wijze door de relevante beroepsorganisatie opgestelde regelgeving, welke de kwaliteit en de professionele en vertrouwelijke aard van de relatie met de cliënt garandeert en bevordert.' Zie J.F. Schutte, 'Vrije beroepen en het mededingingsrecht', *M&M* 2002, nr. 3, p. 103. Zie voor een vergelijkbare definitie: A.-M. Van den Bossche, 'Het vrije beroep in Europees perspectief: storm op zee?', *Liber amicorum Tijdschrift voor Privaatrecht en Marcel Storme*, Gent: Story-Scientia 2004, p. 796 en 797.
4. Het gaat daarbij zowel om algemene hervormingsinitiatieven betreffende de vrije beroepen als geheel als om specifieke voorstellen met betrekking tot een bepaalde beroepsgroep. In deze bijdrage passeren beide soorten documenten de revue, waarbij de uiteindelijke betekenis voor advocatuur en notariaat centraal staat.
5. Zie voor enige (rechts)economische overwegingen over de verhouding tussen vrije concurrentie en ingrijpen in de markt: N.J. Philipsen, 'Vrije beroepen, concurrentie en regulering in Nederland: zijn we op de goede weg?', *SEW* 2005, 8, p. 56-58.

streken door het communautaire recht betreffende het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging. Op dit gebied zijn ook veel secundaire EG-rechtsregels uitgevaardigd, zoals richtlijnen over de erkenning van hogeronderwijsdiploma's en beroepskwalificaties en over de autorisatie om de praktijk uit te oefenen in een andere lidstaat dan het land van herkomst.

In de tweede categorie is vaak sprake van zelfregulering door de beroepsgroepen. In dat geval kan EG- of nationaal (Nederlands) mededingingsrecht van toepassing zijn. Ook kan de nationale wetgever de ruimte voor zelfregulering inperken, simpelweg door een onderwerp (nader) bij wet te regelen en het daarmee uit handen van de beroepsgroep te nemen.

Deze bijdrage richt zich op de tweede categorie van (beroeps)regulering van marktgedrag in de advocatuur en het notariaat. De vraag is in hoeverre de voornaamste reguleringsonderdelen van deze beroepen houdbaar zijn of blijven onder het communautaire en nationale mededingingsrecht, en onder de toenemende druk tot hervormingen vanuit de economische beleidshoek (lees: het ministerie van Economische Zaken). Deze laatste factor heeft een meer beleidsmatige dan juridische achtergrond, maar kan de komende jaren toch voor substantiële veranderingen zorgen. Vandaar dat deze factor ook aan bod komt in deze bijdrage.

Na een korte uiteenzetting van de beleidsinitiatieven tot hervorming van de vrije beroepen (par. 2) en van het juridische kader van het mededingingsrecht (par. 3), volgt een beschouwing over de verhouding van dit rechtsgebied tot de vrijeberoepsregulering (par. 4). Hierbij komen ook de middelen aan bod die het mededingingsrecht kent teneinde om te gaan met botsende belangen (par. 5). Na deze beschouwingen over voornamelijk algemene leerstukken volgt het gedeelte van de bijdrage waarin een aantal reguleringscategorieën specifiek onder de loep wordt genomen. De behandeling van deze categorieën sluit aan op de indeling van probleemgebieden die de Commissie heeft gemaakt in haar analyse van de mededinging binnen de professionele dienstverlening. Deze categorieën worden aangevuld

met enige onderdelen die specifiek in Nederland voor problemen zorgen op dit moment. Achtereenvolgens komen aan bod systemen van vaste en aanbevolen prijzen en advertentieverboden (par. 6), exclusieve werkzaamheden (par. 7), voorschriften betreffende de zakelijke structuur en de eis van een onafhankelijke beroepsuitoefening (par. 8), het verbod op 'no cure, no pay' (par. 9), en een categorie van overige voorschriften (par. 10). In deze bijdrage wordt per categorie beroepsregel en per beroepsgroep bekeken wat de belangrijkste invloeden zijn van de economische beleidsinitiatieven tot verdergaande liberalisering en van het mededingingsrecht, zonder daarbij overigens uitputtend te zijn. De bijdrage wordt afgesloten met enige conclusies over de ontwikkeling van de beroepsregulering in de nabije toekomst (par. 11).

## 2. De beleidsvoorstellen voor hervorming van de vrijeberoepsregulering

Op Europees niveau is de Commissie al enkele jaren bezig om een nieuwe beleidslijn uit te zetten ten aanzien van de vrije beroepen. Zowel het Directoraat-Generaal (hierna: D-G) Concurrentie als het D-G Interne Markt houden zich hiermee bezig. D-G Concurrentie zet logischerwijs in op grotere (onbelemmerde) concurrentie in de verschillende vrijeberoepssectoren, D-G Interne Markt tracht de toegang tot en de uitoefening van deze beroepen voor buitenlandse beoefenaars te vergemakkelijken. Dit laatste D-G neemt daarbij het EG-recht van het vrij verkeer van diensten en de vrijheid van vestiging ter hand.

In opdracht van de Commissie (D-G Concurrentie) heeft het Weense 'Institut für Höhere Studien' (IHS) het rapport 'Economische gevolgen van regelgeving op het gebied van de vrije beroepen in verschillende lidstaten' opgesteld.<sup>6</sup> In dit rapport wordt Nederland overigens geschaard onder de landen met de meest liberale regimes.<sup>7</sup> Vanuit dit perspectief valt het hier dus nog wel mee met de concurrentiebelemmeringen binnen de vrije beroepen, al valt Nederland zeker niet buiten alle hervormingsplannen.

Met het rapport van het IHS in het achterhoofd heeft de Commissie een Mededeling uitgevaardigd over de mededinging op het gebied van professionele dienstverlening.<sup>8</sup> Deze Mededeling is een eerste aanzet van de Commissie tot enige positieve integratie van de kant van het communautaire mededingingsrecht op dit onderwerp.<sup>9</sup> In het stuk buigt de Commissie zich over die beroepsregulering die volgens haar de mededinging het meest verstoort. De Commissie onderscheidt feitelijk zes reguleringsgebieden die de mededinging beperken: (1) systemen van vaste prijzen; (2) systemen van aanbevolen prijzen; (3) voorschriften inzake reclame; (4) toegangsvereisten tot het vrije beroep; (5) exclusieve werkzaamheden; (6) voorschriften betreffende de zakelijke structuur.<sup>10</sup>

De Commissie maakt duidelijk dat beroepsregels die de mededinging beperken weliswaar gerechtvaardigd

6. Deze studie is beschikbaar via de website van D-G Concurrentie: <<http://www.europa.eu.int/comm/competition/liberalization/conference/libprofconference.html#study>>.

7. Mario Monti, *Competition in Professional Services: New Light and New Challenges*, 21 maart 2003, voordracht voor de Bundesanwaltskammer, Berlijn, p. 9.

8. Mededeling Commissie van 9 februari 2004, Verslag over de mededinging op het gebied van de professionele dienstverlening, COM(2004) 83 def. Overigens zijn het IHS-rapport en de Mededeling van de Commissie niet kritiekloos ontvangen. Zie de rapporten van de Council of the Bars and Law Societies of the European Union (CCBE), beschikbaar via <<http://www.ccbe.org/>>: RBB Economics, *Economic impact of regulation in liberal professions. A critique of the IHS Report*, 9 september 2003; CCBE, *Comments on the Commission's legal analysis in its Report on competition in professional services*, juni 2004.

9. Daadwerkelijke positieve integratie zou wellicht plaats kunnen vinden middels een richtlijn van de Raad op basis van art. 83 lid 2 sub c EG, waarin nader wordt aangegeven wat zeker wel, en wat zeker niet mag binnen de vrije beroepen onder het communautaire mededingingsrecht.

10. Mededeling Commissie van 9 februari 2004, p. 4 en 11.

kunnen worden, maar dat zulks uitdrukkelijk dient te geschieden. De criteria noodzaak, evenredigheid en rechtvaardiging van de regel in kwestie staan daarbij centraal.<sup>11</sup>

In Nederland heeft het ministerie van Economische Zaken enkele rapporten uitgebracht over de toekomst van de vrijeberoepsbeoefenaren, die toegespitst zijn op publieke belangen en reguleringsinstrumenten.<sup>12</sup> Tevens zijn enkele rapportages uitgekomen specifiek over de gevolgen van marktwerking en deregulering voor het notariaat. Het publiek belang komt daarbij ruimschoots aan bod.<sup>13</sup>

Daarnaast heeft de NMa aangekondigd zich in te laten met de vrijeberoepsregulering door een inventarisatie te maken van de mededingingsbeperkingen in de zelfregulering van vier vrije beroepen, waaronder het notariaat en de advocatuur. Ook de NMa bekijkt de positie van de vrijeberoepsbeoefenaren en de noodzaak van zelfregulering dus kritisch, en wel binnen het kader van het mededingingsrecht. Hoewel oorspronkelijk aangekondigd voor 2004<sup>14</sup>, is deze inventarisatie vooralsnog niet verschenen. Wellicht brengt 2005 meer nieuws van de kant van de NMa.

Tot zover de initiatieven vanuit de 'economische' hoek.<sup>15</sup> Ook vanuit andere beleidshoeken wordt de advocatuur onder vuur genomen. Zo heeft Minister van Justitie Donner inmiddels een werkgroep ingesteld (de Commissie Advocatuur)<sup>16</sup> die op korte termijn een advies uit moet brengen over een aantal kernvragen betreffende de bestuurlijke structuur van de advocatuur, een goede borging van kwaliteit en integriteit en het klacht- en tuchtrecht.<sup>17</sup> Eén van de vragen betreft de verhouding tussen enerzijds de eisen aan professionele dienstverlening en anderzijds het mededingingsrecht.<sup>18</sup> Het kartelrecht houdt ook in dit hervormingsproces dus enige druk op de ketel.

### 3. Regelgevend kader – het mededingingsrecht

Het mededingingsrecht is er in twee verschijningsvormen: het communautaire en het nationale (Nederlandse) mededingingsrecht. De ene variant vindt haar neerslag in art. 81 e.v. van het EG-Verdrag, de andere in de Nederlandse Mededingingswet (Mw).

De verboden van art. 81 lid 1 (afspraken tussen ondernemingen/besluiten van een ondernemersvereniging) en 82 (misbruik van machtspositie) EG zijn gericht tot ondernemingen. Gezien de doelstellingen en de aard van de mededingingsbepalingen gaat het bij het begrip onderneming om een zelfstandige uitoefening van een economische activiteit, waarbij de rechtsvorm en de wijze van financiering niet ter zake doen.<sup>19</sup> Het begrip ondernemersvereniging duidt op handelsassociaties, maar ook andere organisaties zoals landbouwcoöperaties en beroepsorganisaties kunnen onder het begrip vallen.<sup>20</sup>

Een optreden van de Commissie of de NMa uit hoofde van art. 81 of 82 EG tegen ondernemingen moet een (oorspronkelijk) aanknopingspunt hebben in mededingingsbeperkend gedrag van die ondernemingen zelf: is zulk gedrag niet aanwijsbaar, dan komen art. 81 en 82 EG niet voor toepassing in aanmerking. De mededingingsbeperking moet haar oorsprong dus hebben in autonome gedragingen van ondernemingen.<sup>21</sup> Het Hof van Justitie EG heeft anderzijds ook beslist dat private akkoorden die in overleg met de overheid gesloten zijn of die tot stand zijn gekomen binnen een publiekrechtelijk kader dat de speelruimte van ondernemingen beperkt, daardoor *niet* automatisch aan het kartelverbod van art. 81 lid 1 EG ontsnappen.<sup>22</sup> Ook het feit dat overheidsautoriteiten bepaalde afspraken tussen ondernemingen goedkeuren en zelfs op verzoek van die ondernemingen bekrachtigen (algemeen verbindend verklaren), onttrekt die overeenkomsten niet aan de werking van art. 81 lid 1 EG.<sup>23</sup>

Publiekrechtelijke regels kunnen dus binnen de werking van het communautaire mededingingsrecht komen wanneer 'de markt' (het beroepsveld) daadwerkelijk betrokken wordt door de overheid in het regelgevingproces of bij de uitvoering daarvan. In dat geval kunnen niet alleen de betrokken ondernemingen aangesproken worden op basis van art. 81 of 82 EG, maar ook de

11. Mededeling Commissie van 9 februari 2004, p. 5 en 25.

12. J. van den Heuvel Rijnders e.a., *Publieke belangen en marktordening bij vrije beroepen*, ministerie van Economische Zaken, maart 2004; *Pamflet vrije beroepen – Praktische uitwerking van publieke belangen en reguleringsinstrumenten*, ministerie van Economische Zaken.

13. P.J. Plug e.a., *Mededinging versus domeinmonopolie en ministerieplicht. Over de gevolgen van marktwerking in het notariaat*, Berenschot/SEO april 2003; B. Baarsma e.a., *Rechtszekerheid als publiek belang. Over de notaris, zijn domein en de markt*, SEO oktober 2004 i.o.v. het ministerie van Economische Zaken. Genoemde documenten zijn te verkrijgen via de website van het ministerie (<<http://apps.ez.nl/bestel/zoek.asp>>).

14. Zie het Consultatiedocument NMa-agenda 2005, p. 7, beschikbaar via <[www.nmanet.nl/nl/Images/11\\_21093.pdf](http://www.nmanet.nl/nl/Images/11_21093.pdf)>.

15. De initiatieven van D-G Concurrentie en de NMa zijn gekoppeld aan (afhankelijk van) de toepassing van het mededingingsrecht. De initiatieven van het ministerie van Economische Zaken hebben een bredere beleidsachtergrond, en richten zich op de (economische) noodzaak van aanpassing van bestaande wetten en uitvaardiging van nieuwe overheidsregels voor de desbetreffende beroepsvelden.

16. Persbericht van het ministerie van Justitie, *Minister Donner installeert Commissie Advocatuur*, 4 mei 2005.

17. Zie de brief van de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer van 23 december 2004 over de uitwerking van de motie van het lid Klaas de Vries betreffende rol en positie van de advocaat, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 279, nr. 20, p. 8.

18. Brief van de minister aan de Tweede Kamer van 23 december 2004, p. 6.

19. Zie zaak C-41/90 (*Höfner*), *Jur.* 1991, I-1979 en gev. zaken C-159 en 160/91 (*Poucet*), *Jur.* 1993, I-637.

20. Zie A. Jones & B. Sufrin, *EC Competition Law. Text, Cases, and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2004, p. 147. Zie over het optreden van een 'ondernemersvereniging' onder art. 81 lid 1 EG: gev. zaken 209-215 en 218/78 (*Fedetab*), *Jur.* 1980, 3125, r.o. 87 en 88; zaak 45/85 (*Sachversicherung*), *Jur.* 1987, 405, r.o. 28-32.

21. Zie gevoegde zaken C-359 en 379/95 P (*Ladbroke Racing*), *Jur.* 1997, I-6265, r.o. 33-35.

22. Zie zaak 123/83 (*BNIC/Clair*), *Jur.* 1985, 391; en gevoegde zaken 240-242, 261, 262, 268 en 269/82 (*SSI e.a./Commissie*), *Jur.* 1985, 3831.

23. (*BNIC/Clair*), r.o. 22 en 23.

lidstaat zelf op basis van de 'effet utile'-leer. De 'effet utile'-leer betreft de toepassing van art. 3 lid 1 sub g jo. 10 jo. 81 of 82 EG, welke combinatie de lidstaten verplicht om de effectieve toepassing van de communautaire mededingingsregels niet te ondergraven.<sup>24</sup> Toepassing van de 'effet utile'-leer is geëigend indien een lidstaat het tot stand komen van mededingingsbeperkende gedragingen van ondernemingen oplegt of begunstigt, dan wel de werking ervan versterkt, of de verantwoordelijkheid voor overheidsinterventie overdraagt aan particuliere marktdeelnemers.<sup>25</sup> Voor de toepassing van deze leer is een zekere autonome, particuliere betrokkenheid van ondernemingen in de mededingingsbeperking wel noodzakelijk. Is van deze betrokkenheid geen sprake, dan is het communautaire mededingingsrecht zoals gezegd verder niet van toepassing en verdwijnt ook de 'effet utile'-leer uit het zicht. De lidstaat dient daarbij overigens wel op te passen dat zijn wetgeving niet in strijd komt met andere bepalingen uit het EG-Verdrag, zoals de vrijverkeersbepalingen.

Het Nederlandse mededingingsrecht is geënt op het EG-mededingingsrecht.<sup>26</sup> De NMa past dit rechtsgebied dan ook toe met een scherp oog op de Europees-rechtelijke pendant.<sup>27</sup> Art. 6 Mw vormt het Nederlands-

rechtelijke substituut van art. 81 EG. De NMa is verplicht op basis van art. 3 van Vo. 1/2003 om óók communautair mededingingsrecht toe te passen in geval van optreden op grond van de Nederlandse Mw – mits sprake is van een negatieve invloed op de tussenstaatse handel van de gedraging in kwestie. Voor de toepassing van het communautaire mededingingsrecht in een specifieke zaak kan de NMa de Commissie raadplegen.<sup>28</sup>

#### 4. De toepassing van het mededingingsrecht op beroepsregels

In Nederland heeft de regelgeving voor advocatuur en notariaat voor een belangrijk gedeelte het karakter van zelfregulering. Deze zelfregulering ontbeert wat betreft de advocatuur een strak publiekrechtelijk kader. Om deze reden heeft het Hof van Justitie de beslissingen van de Nederlandse Orde van Advocaten (hierna: de Orde) onder de werking van het mededingingsrecht gebracht. Het feit dat de Orde een publiekrechtelijk lichaam is<sup>29</sup>, is daarbij eigenlijk niet van belang, aldus het Hof in de zaak *Wouters*. De juridische kwalificatie die een nationale rechtsorde verleent aan een organisatie die voorschriften uitvaardigt voor haar leden, is niet van invloed op de toepasselijkheid van de communautaire mededingingsregels.<sup>30</sup> Waar het om gaat is of de organisatie in kwestie handelt naar criteria van algemeen belang en conform essentiële beginselen die de overheid zelf heeft vastgelegd. Hierbij zou de overheid ook de bevoegdheid aan zich moeten houden om zelf in laatste instantie te beslissen. Alleen onder deze voorwaarden treedt een organisatie bij de uitvaardiging van regels níét op als ondernemersvereniging in de zin van art. 81 lid 1 EG.<sup>31</sup>

In Nederland houdt de Orde van Advocaten niet alleen de goede beroepsuitoefening in de gaten, maar komt zij tevens op voor de rechten en belangen van de advocaten zelf.<sup>32</sup> Ook zijn de bestuursorganen van de Orde uitsluitend samengesteld uit leden van de beroepsgroep, kortom uit de spelers in het economisch veld. Hiermee zijn enkele redenen gegeven voor het Hof van Justitie om verordeningen van deze organisatie onder het begrip 'besluit van een ondernemersvereniging' van art. 81 lid 1 EG te brengen. Het Hof overwoog o.a. dat de Orde geen typische overheidsprerogatieven uitoefende en dat de leden van de beroepsorganisatie niet beschouwd konden worden als onafhankelijke deskundigen die specifiek het algemeen belang in acht namen.<sup>33</sup> Naast verordeningen vaardigt de Orde overigens ook gedragsregels voor advocaten uit. De Nederlandse overheid heeft in de persoon van de Minister van Justitie de mogelijkheid repressief toezicht uit te oefenen over besluiten van de Orde in de zin van de Advocatenwet, waartoe de verordeningen behoren. De gedragsregels voor advocaten vallen echter buiten alle overheidscontrole. Als het Hof van Justitie verordeningen reeds onder de werking van het mededingingsrecht brengt, zal het dat zeker doen met de gedragsregels.

De conclusie in *Wouters* luidde dus dat de Orde van Advocaten wel degelijk een ondernemersvereniging is.<sup>34</sup> Er zijn echter ook vergelijkbare zaken waar het dubbel-

24. Art. 3 lid 1 sub g EG draagt de Europese Gemeenschap op te voorzien in een regime waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst. Art. 10 EG bevat het beginsel van de Gemeenschapstrouw. Op basis van dit artikel mogen lidstaten geen handelingen verrichten die de werking van EG-Verdragsartikelen frustreren en het Gemeenschapsbeleid ondergraven. Het mededingingsrecht van art. 81 en 82 EG behoort tot dit Gemeenschapsbeleid.

25. Zie zaak 13/77 (*Inno/ATAB*), *Jur.* 1977, 2115; zaak 267/86 (*Van Eycke*), *Jur.* 1988, 4769; zaak C-2/91 (*Meng*), *Jur.* 1993, I-5751; zaak C-245/91 (*Ohra*), *Jur.* 1993, I-5851; zaak T-513/93 (*CNSD*), *Jur.* 2001, II-1807.

26. Blijkens hoofdstuk I par. 4 van de memorie van toelichting op de Mw sluit deze Nederlandse wet aan bij het Europese mededingingsrecht, en wordt de toepassing van de Mw in belangrijke mate beïnvloed door de beschikkingspraktijk van de Commissie en door de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG. Zie *Kamerstukken II* 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 10.

27. Zie bijv. NMa-besluit van 5 november 2003, zaaknr. 560 (*Engelgeer tegen Nederlandse Orde van Advocaten*), randnr. 34.

28. Art. 11 lid 5 van Vo.1/2003.

29. Art. 17 Advocatenwet (Aw).

30. Zaak C-309/99 (*Wouters*), *Jur.* 2002, I-1577, r.o. 65 en 66.

31. *Wouters*, r.o. 68 en 69.

32. Vgl. art. 26 Aw.

33. Zie voor de precieze opsomming van alle redenen in de volgorde van het arrest: *Wouters*, r.o. 58-64.

34. Toch zijn na een analyse van het *Wouters*-arrest wel enige opvallende kronkels aan te wijzen in de redeneerwijze van het Hof van Justitie. Een belangrijke reden voor het Hof om de Orde van Advocaten te kwalificeren als een ondernemersvereniging was de constatering dat deze organisatie niet uitsluitend het algemeen belang dient. Het Hof constateert in het vervolg van het arrest echter dat een regeling van de Orde wel degelijk bepaalde algemene belangen waarborgt. Hier zit iets dubbels in: het Hof passeert de eerste horde van het ondernemersverenigingscriterium, maar hanteert vervolgens bij een volgende stap in het toepassingstraject een toetsing die voor een groot gedeelte om dezelfde elementen draait. Zie ook E. Pijnacker Hordijk, annotatie bij *Wouters*-arrest, *M&M* 2002, nr. 2, p. 75-77. Het is wel zo dat deze toetsing verderop in het traject meer ruimte lijkt te bieden voor een genuanceerde afweging van belangen per beroepsregel.

tje net de andere kant op valt, en het Hof van Justitie een regulerende orde van advocaten louter als overheidsinstantie ziet en niet als ondernemersvereniging in de zin van art. 81 lid 1 EG.<sup>35</sup>

Het publiekrechtelijke kader van de zelfregulering van het Nederlandse notariaat is strakker. Ook hier is het feit dat de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) een openbaar lichaam is (net als de Orde van Advocaten)<sup>36</sup>, op zich niet doorslaggevend voor de toepassing van het mededingingsrecht. Zoals gezegd, het gaat vooral om de wijze waarop een organisatie functioneert. In dit opzicht heeft de KNB (enkel) tot taak de bevordering van een goede beroepsuitoefening en de vakbekwaamheid van haar leden, en draagt zij de zorg voor de eer en het aanzien van het notarisambt.<sup>37</sup> De organisatie stelt daartoe bij verordening beroeps- en gedragsregels vast.<sup>38</sup> Verordeningen behoeven de goedkeuring van de Minister van Justitie.<sup>39</sup> Andere besluiten van de KNB kan de minister vernietigen.<sup>40</sup> Aangetekend moet wel worden dat de regelgevende organen van de KNB bevolkt worden door louter vertegenwoordigers uit het beroepsveld: hierin vinden we geen officiële overheidsafgevaardigden.

Op de dunne lijn die het Hof van Justitie heeft aangelegd tussen een publiekrechtelijke verordeningbevoegdheid aan de ene kant en een privaatrechtelijke uitvaardiging van besluiten door een ondernemersvereniging aan de andere kant, is het een interessante vraag aan welke zijde van het spectrum de KNB zich bevindt.

Waar het Hof constateerde dat de Orde van Advocaten geen onafhankelijke, onpartijdige organisatie was die een typische overheidstaak uitoefende en louter opkwam voor het algemeen belang, daar kan men van de KNB zeggen dat zij wél volledig opkomt voor het juist functioneren van de beroepsgroep en bovendien aan een verdergaande overheidscontrole onderworpen is. Of deze argumenten voldoende zijn om de KNB buiten het ondernemingscriterium van art. 81 lid 1 EG te houden is de vraag. Dient de KNB louter het algemeen belang, en oefent zij typische overheidsprerogatieven uit? Een belangrijk punt is of de vertegenwoordigers van de beroepsgroep die zitting hebben in de KNB zijn te beschouwen als onafhankelijke deskundigen, of toch als belangenbehartigers van de betrokken marktdeelnemers.

## 5. Het juiste systeem voor een heldere afweging van belangen onder het mededingingsrecht – de ‘rule of reason’

Marktwerking is niet het enige middel om tot een optimale kwaliteit van een samenleving te komen. Ongebreidelde concurrentie kan ook nadelen met zich brengen. Algemene belangen kunnen daarom soms in de weg staan aan de doorvoering van volle marktwerking. Het lijkt dan ook zinvol dat het mededingingsrecht enige instrumenten kent waarmee men de werking aan dat rechtsgebied in specifieke situaties kan ontnemen, om zodoende voorrang te verlenen aan bepaalde algemene belangen (zoals belangen van deontologie).

De instrumenten die hiervoor van nut zouden kunnen zijn, zijn art. 86 lid 2 EG en de ‘rule of reason’. Over deze instrumenten verderop meer.

Op een groot aantal niet-economische beleidsterreinen is de EG niet exclusief bevoegd. De lidstaten behouden hier hun eigen bevoegdheden. Het EG-recht schrijft dan ook niet precies de balans voor tussen het communautaire mededingingsrecht aan de ene kant en genoemde terreinen aan de andere kant, mocht dit al mogelijk zijn. Op gebieden als de beroepsdeontologie laat het EG-recht de lidstaten wel degelijk de ruimte om zelfstandig afwegingen te maken. Wat men ziet is dat ook het Hof van Justitie terughoudend is in het aan de kant zetten van nationale beleidsterreinen ten faveure van het communautaire mededingingsrecht.<sup>41</sup> Dit is ook terecht: het Hof van Justitie wil niet te snel nationale, niet (volledig) gecommunautariseerde beleidsterreinen via de weg van het EG-mededingingsrecht tot convergentie dwingen.

Om botsingen tussen het mededingingsrecht en niet-economische beleidsterreinen op te lossen, is een aantal instrumenten voorhanden. De (maatschappelijke) ‘rule of reason’ is een instrument dat zich goed leent voor het maken van een evenwichtige afweging tussen economische en niet-economische belangen. Kenmerkend is dat dit instrument een noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets bevat, en dat er ruimte is om een niet-economisch belang in te vullen. De maatschappelijke ‘rule of reason’ is oorspronkelijk binnen het Europese vrijverkeersrecht ontwikkeld als exceptie op de desbetreffende verboden. Het concept van deze ‘rule of reason’ zou echter ook binnen het mededingingsrecht een plaats kunnen hebben, al heeft het Hof van Justitie de term als zodanig nooit gebruikt in zijn rechtspraak op dit rechtsgebied.<sup>42</sup> We hebben het hier overigens niet over de economische ‘rule of reason’ die tot ontwikke-

35. Zie zaak C-35/99 (*Arduino*), *Jur.* 2002, I-1529. Zie ook zaak C-185/91 (*Reiff*), *Jur.* 1993, I-5801. De arresten *Arduino* en *Wouters* beslaan elk één zijde van het spectrum, terwijl beide zaken feitelijk helemaal niet zoveel van elkaar verschillen. De arresten bieden dan ook een goede illustratie van de diffuse scheidslijn tussen de kwalificatie van een regelgevende beroepsorganisatie als overheidsorgaan, respectievelijk ondernemersvereniging in de zin van art. 81 lid 1 EG.

36. Art. 60 Wet op het Notarisambt (WNA).

37. Art. 61 WNA. Zie ook de memorie van toelichting over de taak van het nieuw op te richten publiekrechtelijk lichaam (*Kamerstukken II* 1993/94, 23 706, nr. 3, p. 11): ‘Het betreft hier de behartiging van de publieke belangen die met de uitoefening van het notarisambt gemoeid zijn.’

38. De wet schrijft daarbij voor dat voorschriften uit een verordening strikt noodzakelijk dienen te zijn voor de verwezenlijking van het doel dat met de verordening wordt beoogd. Ook mogen verordeningen de marktwerking niet onnodig beperken. Zie art. 89 WNA.

39. Art. 91 WNA.

40. Art. 92 WNA.

41. Denk aan de *Wouters*-zaak, en ook de *Publishers Association*-zaak over een systeem van vaste boekenprijzen (zaak C-360/92 P (*Publishers Association*), *Jur.* 1995, I-23).

42. Zie voor een afwijzing van het concept van de ‘rule of reason’ binnen het Europese en Nederlandse mededingingsrecht: M.R. Mok, *Kartelrecht I. Nederland – De Mededingingswet*, Deventer: Kluwer 2004, p. 248-254.

ling is gekomen in het Amerikaanse mededingingsrecht.<sup>43</sup> Deze Amerikaanse redelijkheidregel betreft een afweging tussen puur economische voor- en nadelen van een mededingingsbeperkende handeling; aan deze exceptie kan tegengeworpen worden dat zij het nuttig effect ontnemt aan art. 81 lid 3 EG.<sup>44</sup>

De (maatschappelijke) 'rule of reason' bevat enkele kernelementen die in zaken met een maatschappelijke dimensie geschikt zijn om een afweging te maken tussen botsende economische en niet-economische belangen. Allereerst moet er sprake zijn van een niet-economisch belang. Dit is een open norm, dus vele algemene belangen kunnen hier in principe ingevuld worden. Men kan denken aan cultuur, beroepsdeontologie, gezondheidszorg. Met de beroepsdeontologie worden binnen de advocatuur belangen gediend als de onafhankelijkheid van de advocaat, het beroepsgeheim, een eerlijke rechtsbedeling en een efficiënte procesgang. Bij het notariaat kan men denken aan rechtszekerheid, toegankelijkheid, het ambtsgeheim, continuïteit en kwaliteit van de juridische dienst. Náást dan wel tegenover deze niet-economische belangen kunnen economische belangen gesteld worden, zoals scherpe prijzen voor de consument.

De 'rule of reason' bevat vervolgens een noodzakelijkheids- en een proportionaliteitscriterium om de niet-economische regeling te toetsen, eventueel voorafge-

gaan door een geschiktheidstoets. Overigens bestaan er verscheidene mogelijkheden om de voorwaarden in te vullen waarmee men de 'rule of reason' nader uitwerkt.<sup>45</sup>

Met het geschiktheids criterium toetst men of de maatregel in kwestie geschikt is om het te beschermen belang ook daadwerkelijk te beschermen. Dit belang dient uiteraard legitiem te zijn.<sup>46</sup> Vraag bij de noodzakelijkheidstoets is of de maatregel in kwestie en de daarmee gepaard gaande mededingingsbeperking noodzakelijk zijn om het doel te bereiken, of dat daarvoor andere minder mededingingsbeperkende mogelijkheden bestaan. Het geschiktheids- en noodzakelijkheids criterium laten over het algemeen ruimte voor een objectieve afweging, waarbij ook (economisch georiënteerde) evenredigheidselementen nog om de hoek kunnen komen kijken.

De vraag naar proportionaliteit in enge zin leidt tot een meer (rechts-)politieke afweging. Met dit criterium moet als het ware afgewogen worden of het economische nadeel (de gegeven minst ingrijpende mededingingsbeperking) het niet-economische doel dat er mee gediend wordt 'waard' is. Teneinde hierin een keuze te maken, dient men de betrokken belangen 'op waarde te schatten'. Nadat men een bepaalde waarde heeft toegekend aan elk van beide (groepen) belangen, dient men te beslissen welke van beide het meest waardevol is en daarmee voorrang krijgt boven de ander. Het is de vraag of een besluit hierover wel aan de rechter is, dan wel aan een handhavinginstantie (de Commissie of de NMa). Uiteindelijk gaat het om politieke afwegingen die draaien om de waarde die een maatschappij hecht aan verschillende typen belangen.<sup>47</sup> Benadrukt moet worden dat beroepsdeontologie als zodanig vooralsnog behoort tot de competentie van de EG-lidstaten – die vervolgens binnen hun rechtsgebied ook ruimte kunnen laten aan particuliere organisaties voor regulering. Het lijkt aannemelijk dat rechters en handhavinginstanties een enigszins terughoudende benadering in acht nemen bij de proportionaliteitsvraag. De benadering van het Hof van Justitie in het *Wouters*-arrest wijst ook in deze richting.<sup>48</sup>

In de rechtspraak van het Hof van Justitie vindt men ook de leer van de inherente beperkingen terug.<sup>49</sup> Deze leer houdt met betrekking tot de beroepsdeontologie in dat een besluit dat (redelijkerwijs) noodzakelijk is voor de goede uitoefening van het beroep van de leden van een ondernemersvereniging geen mededingingsbeperking is.<sup>50</sup> De noodzakelijkheidstoets is hier duidelijk, de proportionaliteitstoets vindt men terug in de woorden 'goede uitoefening'.

Of men spreekt van de leer van de inherente beperkingen of van de 'rule of reason' is in hoge mate een kwestie van terminologie. Zelf heb ik in dit verband een voorkeur voor de 'rule of reason', omdat dit concept een iets bredere strekking lijkt te hebben dan de leer van de inherente beperkingen. Bovendien komen binnen de 'rule of reason' de beginselen van noodzakelijkheid én proportionaliteit wat explicieter naar voren. Aan de

43. Zie over de twee varianten *economic Rule of Reason* en *policy Rule of Reason*: J.W. van de Gronden & K.J.M. Mortelmans, 'Het mededingingsrecht en niet-economische belangen: 2003 het cruciale jaar?', in: J.W. van de Gronden & K.J.M. Mortelmans, *Mededinging en niet-economische belangen*, Deventer: Kluwer 2001, p. 316.

44. Zoals het Gerecht van Eerste Aanleg EG deed in het arrest *Métropole télévision*, zaak T-112/99, *Jur.* 2001, II-2459.

45. De proportionaliteitstoets (proportionaliteit in brede zin) wordt vaak uitgesplitst in de deelvoorwaarden geschiktheid, noodzakelijkheid, evenredigheid (proportionaliteit *strictu sensu*) van de regeling in kwestie. Zie J.H. Jans e.a., *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 185 en 186. Ook andere uitwerkingen van deze toets zijn gegeven: zie G. de Búrca, 'Proportionality and Subsidiarity as General Principles of Law', in: U. Bernitz en J. Nergelius, *General Principles of European Community Law*, The Hague: Kluwer Law International 2000, p. 97. Het is dus niet zo dat er één enkel precies afgebakend *format* ligt voor dit beginsel, en in het verlengde daarvan de 'rule of reason'.

46. Zie J.H. Jans e.a., *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, p. 185 en 189-190. Jans c.s. constateert dat de horde van de geschiktheid normaliter geen problemen oplevert.

47. Het lijkt logisch dat deze afweging en de keuzes die daarbij horen in beginsel plaatsvinden in een democratisch gekozen forum (het parlement) of bij een democratisch gecontroleerde figuur (de minister).

48. Het Hof gebruikt de volgende maatstaven in dit arrest: de noodzaak om regels vast te stellen op een aantal geëxpliciteerde punten van een goede vrijeberoepsuitoefening, de inherentie van de mededingingsbeperking aan de nagestreefde doeleinden van een goede beroepsuitoefening, de evenredigheid van de mededingingsbeperkende gevolgen met de nagestreefde doelstellingen. Zie het *Wouters*-arrest, r.o. 97, 107-109. Zie verder P. Kuipers en N. Linssen, 'Vrije beroepen, de vrijheid voorbij?', *NTER* 2005-3/4, p. 68 en 69.

49. Zie voor de terminologie 'beperkingen inherent aan een doel van niet-economisch belang': I.W. VerLoren van Themaat (red.), *Cremers Mededingingsrecht*, Deventer: Gouda Quint 2004, p. 589.

50. M. Snoep, 'No cure no pay. NMa mist kans om eind te maken aan discussie', *Advocatenblad* 2002-5, p. 194 en 195.

andere kant blijft de term 'inherente beperkingen' wellicht wat dichter bij de terminologie die het Hof van Justitie gebruikt in zijn arresten.<sup>51</sup>

De reden dat men een jurisprudentiële uitzonderingsregel nodig heeft, ligt mede in het feit dat art. 81 lid 3 EG zich niet goed leent voor het maken van een uitzondering voor een (vooralsnog) nationaal bepaald, niet-economisch belang.<sup>52</sup> Art. 81 lid 3 EG is in wezen gericht op economische efficiëntie<sup>53</sup>, en is daarom eigenlijk niet geschikt als rechtvaardigingsgrond voor inbreuken op lid 1 teneinde in de kern niet-economische doelen te bereiken. Uiteraard kunnen er altijd constructies bedacht worden om toch langs de vier cumulatieve voorwaarden van lid 3 te laveren, maar bij belangen zonder een directe economische dimensie gaat dit eigenlijk in tegen kerndoel en -strekking van lid 3.

Een ander verdragsrechtelijk uitzonderingsinstrument is art. 86 lid 2 EG. Voor een rechtvaardiging van mededingingsbeperkend gedrag onder dit artikellid moet aangetoond worden dat ondernemersorganisaties door de overheid zijn belast met het beheer van diensten van algemeen (economisch) belang en daartoe van die overheid een bijzondere taak toevertrouwd hebben gekregen.<sup>54</sup> Ook in deze bepaling zit een noodzakelijkheids- en proportionaliteitstoets besloten, die absoluut nodig is voor het maken van een evenwichtige afweging.

Art. 86 lid 2 EG is wellicht niet altijd even goed toepasbaar in vrijeberoepszaken, aangezien hiervoor aangetoond moet worden dat een beroepsorganisatie als de Nederlandse Orde van Advocaten door de overheid een bepaalde publieke taak toegewezen heeft gekregen, en in dat kader vervolgens een dienst van algemeen (economisch) belang verzorgt. Het Hof van Justitie heeft in de *Wouters*-zaak niet voor deze constructie gekozen, ondanks het feit dat de advocaat-generaal deze weg wel had aangewezen.<sup>55</sup>

## 6. Systemen van vaste en aanbevolen prijzen en advertentieverboden

In haar Mededeling over de mededinging op het gebied van professionele dienstverlening is de Commissie zeer kritisch over drie reguleringsgebieden: systemen van vaste prijzen, systemen van aanbevolen prijzen en reclameverboden.<sup>56</sup> Van deze flagrante mededingingsbeperkingen is in een aantal Europese lidstaten nog steeds sprake. Nederland komt wat betreft advocatuur en notariaat nauwelijks meer voor in de schema's van de Commissie over deze drie onderwerpen en zit wat dit betreft dus goed.<sup>57</sup>

In de advocatuur zijn de tariefregulering en het reclameverbod al grotendeels gesneuveld in de voorbije jaren. De advocatuur kent nog vaste uurtarieven voor curatoren en bewindvoerders, die vastgesteld worden in een overleg tussen rechters-commissarissen, de vereniging van insolventierechtadvocaten (Insolad) en de Nederlandse Orde van Advocaten. Verder is sprake van aanbevolen tarieven voor procureursdiensten (de liqui-

datietarieven) die worden bepaald in een overleg tussen de Nederlandse Orde van Advocaten en vertegenwoordigers van de rechterlijke macht. De vaststelling van dit soort tarieven is wellicht uiteindelijk niet toe te schrijven aan een overleg tussen ondernemingen, maar aan een overleg tussen instanties die op dat punt een overheidstaak uitoefenen. Daarmee zouden de vaste of aanbevolen tarieven ook niet zijn te kwalificeren als een prijsafsprake tussen ondernemingen. De 'rule of reason' kan hier echter ook uitkomst bieden, daar het gaat om tariefafspraken die noodzakelijk lijken om het juridische systeem draaiende te houden.

Ook in het notariaat zijn onder druk van de dereguleringsoperatie MDW (Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit) van de Nederlandse overheid en van het mededingingsrecht de vaste tarieven afgeschaft voor het gros van de notarisdiensten. Het notariaat kent nog één systeem van gefixeerde prijzen, en dat betreft het stelsel van van overheidswege vastgestelde maximumtarieven voor notariële diensten aan minder draag-

51. Ook oud-commissaris Monti is duidelijk over de afweging die gemaakt moet worden onder het communautaire mededingingsrecht en de maatstaven die daarbij in acht moeten worden genomen: '[...] to identify the rules and regulations, if any, that could be seen as *disproportionate and not objectively justified*.' Zie Mario Monti, *Competition in Professional Services: New Light and New Challenges*, 21 maart 2003, voordracht voor de Bundesanwaltskammer, Berlijn, p. 13.

52. Dit neemt niet weg dat het Hof van Justitie zich wel eens heeft uitgelaten over het gebruik van art. 81 lid 3 EG als ontheffingsgrondslag voor mededingingsbeperkende afspraken tussen ondernemers in een zaak die in de grond draaide om een niet-economisch belang. Een voorbeeld hiervan is de reeds aangehaalde *Publishers Association*-zaak die handelde om de houdbaarheid onder het communautaire mededingingsrecht van een particulier systeem van prijsbinding voor boeken. Als legitimatie voor dergelijke systemen worden immer culturele doeleinden aangevoerd.

53. Zie de Mededeling van de Commissie met de Richtsnoeren betreffende de toepassing van art. 81 lid 3 EG, *Pb.* 2004, C 101/97, randnr. 48-72.

54. Ondernemingen kunnen dit ook niet zomaar aanvoeren. Hiervoor dient substantieel bewijs aanwezig te zijn. Vgl. J. Meulman, 'Na het Groenboek over Diensten van Algemeen Belang: naar een horizontale aanpak van overheidsinterventie?', *SEW* 2004, 13, p. 105.

55. Zie de Conclusie van A-G Léger in zaak C-309/99 (*Wouters*), *Jur.* 2002, I-1577, ov. 172-178.

56. Zie voor een verplichting voor de lidstaten tot intrekking van alle algehele reclameverboden voor geregelende beroepen art. 29 van de nieuwe Dienstenrichtlijn, COM(2004) 2 def./2. Deze bepaling strekt zich ook uit tot beroepsorden en beroepsorganisaties binnen een lidstaat, in ieder geval zeker waar deze handelen op grond van door de overheid gedelegeerde bevoegdheden. Zie art. 4 nr. 7 en 8 van de nieuwe Dienstenrichtlijn. Verder kan de desbetreffende bepaling wellicht impliceren dat lidstaten moeten zorgdragen dat eventueel bestaande 'zuiver particuliere' reclameverboden bij beroepsorden worden ingetrokken – dit zou dan moeten gebeuren middels een verbod in nationale wetgeving. Zie over het vraagstuk van de reikwijdte van het begrip 'lidstaat' als adreassaant van het communautaire vrijverkeersrecht, en de vraag welke organisaties binnen een land nog zijn te beschouwen als vertegenwoordigers van (het openbaar gezag van) die lidstaat: P. Craig & G. De Búrca, *EU Law. Text, cases and materials*, Oxford: Oxford University Press 2003, p. 210 en 211. Zie verder par. 4 van deze bijdrage.

57. Mededeling Commissie van 9 februari 2004, p. 11-16. Alleen de notarissen komen nog voor in de categorie van vastgestelde maximumprijzen. Zie p. 13.



krachtigen in de familierechtspraktijk.<sup>58</sup> Men kan hierbij denken aan het opmaken van testamenten en huwelijks- en partnerschapsvoorwaarden. Zolang de overheid deze vaste (maximum)prijzen zelfstandig vaststelt, zonder inmenging van het beroepsveld, zal deze regeling normaliter buiten schot van het mededingingsrecht blijven.<sup>59</sup> De traditioneel zware reclamebeperkingen binnen het notariaat zijn inmiddels verleden tijd.<sup>60</sup>

## 7. Exclusieve werkzaamheden

Een vrije mededinging binnen advocatuur en notariaat kan ook belemmerd worden door de toedeling van exclusieve taken. Deze toedeling leidt tot gedwongen winkelnering, waarbij afnemers verplicht zijn om een dienst van een bepaalde vrijeberoepsbeoefenaar af te nemen. Potentiële concurrenten van deze juridische dienstverleners krijgen te maken met marktuitsluiting, één van de meest flagrante schendingen van het mededingingsrecht. Kortom, exclusieve werkzaamheden belemmeren de vrije markt aan de aanbodzijde, en kunnen daarmee ook de vraagzijde negatief beïnvloeden.

Het notariaat kent in dit kader de ministerieplicht<sup>61</sup> en het domeinmonopolie (de verplichte notariële inschakeling).<sup>62</sup> Denk bij dit laatste aan de vaste betrokkenheid van een notaris bij de verkoop van een huis. De advocatuur kent een verplichte procesvertegenwoordiging in de meeste rechterlijke instanties.

Het Ministerie van Economische zaken komt met de volgende wijzigingsvoorstellen ter vermindering van de exclusiviteit binnen het notariaat.<sup>63</sup>

1. De familiepraktijk<sup>64</sup> en de bestuursoverdracht in het bijzonder onderwijs<sup>65</sup> dienen uit het notarieeldomeinmonopolie gehaald te worden.
2. De ministerieplicht dient geheel afgeschaft te worden.
3. Het verbod op het verrichten van handelingen buiten het eigen arrondissement dient afgeschaft te worden.

De auteurs van bovenstaande voorstellen laten overigens de mogelijkheid open dat, hoewel er economische gronden zijn om aan het nut van het alleenrecht van de notaris op de familiepraktijk te twijfelen, niet-economische gronden een argument kunnen vormen voor handhaving van het alleenrecht.<sup>66</sup>

De belangrijkste vorm van exclusiviteit in de advocatuur is natuurlijk de figuur van de verplichte procesvertegenwoordiging. Deze figuur staat vooralsnog niet ter discussie. Men ziet met de ideeën over specifieke eisen aan advocaten die cassatie instellen bij de Hoge Raad de laatste jaren zelfs een beweging naar meer afscherming op een onderdeel van de procesvertegenwoordiging.<sup>67</sup>

De beschreven wijzigingsvoorstellen richten zich op het wegnemen van marktbarrières en vergroten daarmee de potentiële concurrentie tussen leveranciers van juridische diensten. Zij zullen vanuit de hoek van het mededingingsrecht en het vrijverkeersrecht dan ook toegejuicht worden. De voorstellen komen grotendeels neer op een aanpassing van bestaande (formele) overheidswetgeving. Voor wijzigingen van deze omvang is positieve actie van de nationale wetgever vooralsnog onontbeerlijk. Het communautaire mededingingsrecht en vrijverkeersrecht missen toepassingbereik en -kracht om deze aanpassing zelf af te dwingen. Op vigerende overheidswetgeving op beschreven onderwerpen kunnen de nationale beroepsorganisaties eigenlijk niet aangesproken worden wegens een gebrek aan betrokkenheid bij de totstandkoming en uitvoering van deze formele wetgeving; voor de toepassing van het mededingingsrecht is dus welbeschouwd geen aanknopingspunt te vinden. Bij de toepassing van het communautaire vrijverkeersrecht dient men in ieder geval de verdragsrechtelijke en jurisprudentiële ('rule of reason'-achtige) rechtvaardigingsgronden in het oog te houden. Aangezien het in de huidige wetgeving gaat om klassieke pijlers onder de (vermeende) goede werking van de beroepsgroep, en meer algemeen het juridische systeem,

58. Zie de Regeling notariële tarieven familiepraktijk minderdraagkrachtigen 2005, *Stcrt.* 2004, 244, uitgevaardigd op basis van art. 56, lid 1 WNA.

59. Er is in dat geval te weinig betrokkenheid van de beroepsgroep zelf bij de vaststelling van de prijzen voor de constatering van mededingingsbeperkend gedrag van deze groep of de aanname van een 'effet utile'-redenering. Dit laat overigens onverlet dat er andere juridische bezwaren kunnen zijn tegen deze maximumtarieven. Vgl. A.H.M. Rieter, 'Vrije marktelementen in de nieuwe wet', *WPNR* 99/6363, p. 517 en 518.

60. Zie de Verordening beroeps- en gedragsregels van de KNB van 21 juni 2000, *Stcrt.* 2000, 182, nadien overigens nog enkele keren gewijzigd. Deze verordening is gebaseerd op art. 61 WNA. In de verordening zijn publiciteitsregels opgenomen, die de oude strikte regels vervangen. Reclame door de notaris is in het algemeen toegestaan, mits daarbij bepaalde voorwaarden in acht worden genomen. Zie voor een nadere uitwerking de preambule van de verordening, vlak boven de opsomming van twaalf punten, en art. 26-31 van de verordening.

61. De ministerieplicht is een wettelijke plicht die betekent dat de notaris niemand zijn diensten mag weigeren, tenzij daar gegronde redenen voor zijn. Het gevolg is dat notariškantoren geen specialisaties kennen; alle kantoren moeten in principe alle diensten even goed kunnen verrichten.

62. Het domeinmonopolie betekent dat de wet de notaris een uitsluitende bevoegdheid toekent om bepaalde juridische handelingen te verrichten, waardoor er ten aanzien van de bij de wet opgedragen taken geen sprake kan zijn van concurrentie van buitenaf.

63. *Rechtszekerheid als publiek belang. Over de notaris, zijn domein en de markt*, p. 71-73 (zie noot 13).

64. Onder de familiepraktijk valt bijv. het maken van een testament of van huwelijks- en partnerschapsvoorwaarden.

65. In geval van een bestuursoverdracht in het onderwijs draagt een rechtspersoon de instandhouding van een school over aan een andere rechtspersoon. Ook in geval van een bestuurlijke fusie tussen scholen is sprake van een dergelijke overdracht.

66. *Rechtszekerheid als publiek belang. Over de notaris, zijn domein en de markt*, p. 72 (zie noot 13). De auteurs voeren herverdeling en paternalisme aan als niet-economische gronden. Dit laatste argument lijkt overigens niet zo sterk.

67. Zie het advies van de door de Minister van Justitie ingestelde Commissie Cassatie-Advocatuur: stel 'cassatiebalie' voor civiele zaken in, nieuwsbericht van 17 augustus 2004 en advies van 21 juni 2004 te vinden op <<http://gids.recht.nl/?nid=18404&RNLSSESSION=>>>.

wordt deze wetgeving niet zomaar aan de kant geschoven door het EG-recht.<sup>68</sup>

#### 8. Voorschriften betreffende de zakelijke structuur en de eis van een onafhankelijke beroepsuitoefening

In de *Wouters*-zaak stond een samenwerkingsverband tussen advocaten en accountants op het spel. De Nederlandse Orde van Advocaten verbood een dergelijke samenwerking om de onafhankelijkheid en partijdigheid van de advocaat<sup>69</sup> niet in gevaar te laten komen.<sup>70</sup> Het Hof van Justitie constateerde dat de Orde een ondernemersvereniging is in de zin van art. 81 lid 1 EG, die middels het uitvaardigen van verordeningen besluiten neemt. Het samenwerkingsverbod had, in een steeds sterker internationaliserende beroepsgroep, tevens een negatieve invloed op de tussenstaatse handel. Het samenwerkingsverbod tussen genoemde beroepsgroepen vormde een mededingingsbeperking omdat het de economische integratie van de twee groepen in de weg stond. Vanuit economisch oogpunt is een al te versplinterde sector niet goed – dit in tegenstelling tot het andere uiterste van de fusiecontrole. Toch besliste het Hof om het samenwerkingsverbod van de Orde niet te verbieden onder art. 81 lid 1 EG. Het Hof voerde aan dat niettegenstaande de uit de verordening voortvloeiende mededingingsbeperkingen, de Orde zich redelijkerwijze op het standpunt mocht stellen dat de desbetreffende regeling noodzakelijk is voor een goede beroepsuitoefening.<sup>71</sup> Kortom, het Hof accepteerde een rechtvaardigingsgrond van de kant van de Orde. Het verbod op een samenwerkingsverband tussen advocaten en accountants was daarmee houdbaar onder het (communautaire) mededingingsrecht.

Men kan stellen dat het Hof van Justitie terughoudend toetst in het *Wouters*-arrest.<sup>72</sup> Het Hof constateert dat de Orde van Advocaten ‘zich redelijkerwijs op het standpunt mocht stellen dat de betreffende regeling noodzakelijk is voor een goede beroepsuitoefening’. Het laat daarmee de primaire invulling van de ‘rule of reason’ eigenlijk over aan deze organisatie zelf. Dit lijkt een detail, maar geeft aan dat er ruimte is binnen het nationale bestel om zelf een afweging te maken over gerechtvaardigde inbreuken op het mededingingsrecht. De rechter loopt die toets vervolgens na op zijn juistheid, maar heeft daarbij al een referentiekader (namelijk de invulling door verweerder zelf). De beoordeling van de rechter wordt daarmee marginaler.

Het is niet vreemd dat het Hof een mededingingsbeperking laat passeren op het vlak van de zakelijke structuur, aangezien op dit terrein een aantal goede argumenten is te vinden voor bepaalde deontologische regels. Het is de vraag of het Hof bij andersoortige mededingingsbeperkingen even ‘marginaal’ had getoetst. Men kan zich voorstellen dat prijsafspraken over vaste tarieven op minder clementie kunnen rekenen dan een goed gemotiveerd verbod op een samenwerkingsverband tussen advocaten en een specifieke andere

groep van beroepsbeoefenaars met een sterk afwijkende beroepsleer.

Ook voor het notariaat kunnen beperkingen gesteld worden aan de mogelijkheid om samenwerkingsverbanden aan te gaan met beoefenaars van een ander beroep. De notaris mag geen samenwerkingsverband aangaan met leden van een andere beroepsgroep, indien daardoor zijn onafhankelijkheid of onpartijdigheid wordt beïnvloed.<sup>73</sup> De Verordening interdisciplinaire samenwerking 2003 van de KNB regelt dit nader, en schrijft voor dat de notaris alleen een samenwerkingsverband aan mag gaan met advocaten en belastingadviseurs.<sup>74</sup> Ook hier vallen de accountants dus buiten de boot.

De onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de notaris staan overigens wettelijk gezien buiten kijf als grondslagen van het notariaat.<sup>75</sup> Deze uitgangspunten worden verder grotendeels met rust gelaten door de vrijemarktdenkers, al zijn er wel plannen voor het

68. Zo tolereert het Gemeenschapsrecht ook nog steeds de regel dat de toegang tot het ambt van notaris in Nederland voorbehouden is aan personen met de Nederlandse nationaliteit (zie art. 6 lid 1 WNA). Onder Europees recht is het toegestaan om bij de aanstelling van functionarissen bekleed met openbaar gezag te discrimineren naar nationaliteit, mits het daadwerkelijk gaat om werkzaamheden ter uitoefening van dat openbaar gezag (zie art. 45 EG-Verdrag). Binnen het notariaat worden klassieke figuren als het domeinmonopolie en de ministerieplicht in hun belemmering van het vrije economische verkeer dus nog voorafgegaan door de toegangsregel.

69. De uitgangspunten van onafhankelijkheid en partijdigheid lijken elkaar enigszins te bijten, en een zekere spanning tussen beide is dan ook onvermijdelijk. Het gaat daarbij vooral om de vraag hoe ver een advocaat precies mag gaan om aan de wensen van zijn cliënt gevolg te geven en voor diens zaak op te komen. Onafhankelijkheid betekent dat de advocaat in de uitoefening van zijn beroep zijn eigen professionele standaard en verantwoordelijkheid hanteert, zonder beïnvloeding van buitenaf. Onafhankelijkheid geldt zowel ten aanzien van de overheid als ten opzichte van de rechtzoekende. Partijdigheid betekent dat het belang van de cliënt, en niet enig eigen belang van de advocaat, bepalend is voor de wijze waarop de advocaat zijn zaken dient te behandelen. Een belangenverstrengeling tussen advocaat en cliënt is in feite onder beide beginselen verboden. Zie de Gedragsregels voor advocaten 1992, Regel 2 lid 1 (met Toelichting) en Regel 5.

70. Art. 4 jo. art. 6, noot 10, van de Samenwerkingsverordening 1993 van 23 september 1993, *Stcrt.* 1993, 193, laatstelijk gewijzigd bij verordening van 14 september 2001, *Stcrt.* 2002, 169.

71. Zaak C-309/99 (*Wouters*), r.o. 110.

72. Sommige auteurs houden het bij een marginaal toetsingsmodel. Zie M. Slotboom, ‘Het Wouters-arrest. Verbod op geïntegreerde samenwerking met accountants is verenigbaar met Europees recht’, *Advocatenblad* 2002-6, p. 251; M. Snoep, ‘No cure no pay. NMa mist kans om eind te maken aan discussie’, *Advocatenblad* 2002-5, p. 196; E. Pijnacker Hordijk, annotatie bij Wouters-arrest, *M&M* 2002, nr. 2, p. 77. De vraag is wel of dit echt een model is of dat het Hof slechts in casu, gegeven de specifieke omstandigheden, terughoudend heeft getoetst. Zie M. Slotboom, p. 252.

73. Art. 18 WNA.

74. Art. 2 Verordening interdisciplinaire samenwerking 2003, verordening van de KNB van 18 juni 2003, *Stcrt.* 2003, 185, goedgekeurd door de Minister van Justitie bij brief van 18 september 2003.

75. Zie art. 17 lid 1 WNA.

instellen van de mogelijkheid van een notaris in loondienst van een andere notaris.<sup>76</sup>

## 9. Het verbod op 'no cure, no pay'

In de *Engelgeer-zaak*<sup>77</sup> trad de NMa op tegen het 'no cure, no pay'-verbod van de Orde van Advocaten. Uiteindelijk constateerde de NMa strijdigheid van dit verbod met het Nederlandse mededingingsrecht voor wat betreft de behandeling van letselschadezaken, maar besliste zij ook om geen boete of last onder dwangsom op te leggen. De NMa oordeelde dat art. 16 Mw (oud) uiteindelijk van toepassing zou zijn op een verordening van de Orde van Advocaten over dit onderwerp, en aldus wat betreft het Nederlandse mededingingsrecht de strijdigheid aan de regeling zou ontnemen.<sup>78</sup>

De Orde van Advocaten heeft enkele jaren na deze zaak een verordening opgesteld voor een beperkte introductie van het 'no cure, no pay'-systeem. Het ging om een experiment met deze vorm van betaling voor letselschadeadvocaten voor vijf jaar. De Minister van Justitie heeft recent gebruikgemaakt van zijn vernietigingsbevoegdheid op basis van de Advocatenwet om deze verordening definitief ongedaan te maken.<sup>79</sup> Opmerkelijk is hier dat de beroepsgroep zelf een stap in de

richting van verdergaande liberalisering deed, maar de minister deze verandering uiteindelijk heeft tegengehouden. Hieruit blijkt dat het niet altijd de beroepsorganisaties zelf zijn die automatisch hun vakgebied afschermen voor iedere vernieuwing. Soms staan zij juist open voor een verdere doorvoering van concurrentiemogelijkheden in hun beroepssector.

De NMa is inmiddels een procedure gestart tegen de Orde wegens instandhouding van het verbod van 'no cure, no pay'.<sup>80</sup> Het eigenaardige van deze situatie is dat de NMa nu optreedt tegen een ondernemersvereniging die zelf met een regeling is gekomen om meer marktwerking te introduceren op het vlak van betalingsmodaliteiten voor advocaten. Het is vervolgens de minister geweest die deze regeling heeft tegengehouden.

De NMa heeft vooralsnog niet de mogelijkheid om direct op te treden tegen de minister wegens een inbreuk op het EG-mededingingsrecht. De NMa kan alleen een procedure beginnen tegen de Orde van Advocaten (als ondernemersvereniging) wegens schending van Nederlands of communautair mededingingsrecht. Zij moet daarbij aantonen dat de Orde een particulier besluit heeft genomen dat de mededinging ernstig beperkt. De NMa kan zich in dit kader richten op het reeds lang bestaande algemene 'no cure, no pay'-verbod en het daaraan verwante 'quota pars litis'-verbod uit de gedragsregels van de Orde (zie art. 25 gedragsregels voor advocaten 1992). De Orde heeft de mogelijkheid om deze regels in te trekken. De Orde kan hiertoe overgaan via een directe ingreep in haar gedragsregels, maar ze heeft ook de optie om een nieuwe verordening uit te vaardigen over dit onderwerp.

De Advocatenwet verleent de Minister van Justitie een vernietigingsbevoegdheid ten aanzien van 'besluiten' van de Orde.<sup>81</sup> De meest geijkte vorm voor een dergelijk besluit is de verordening. Over (een wijziging van) de gedragsregels heeft de Minister van Justitie daarentegen niets te zeggen, aangezien deze *coutumes* niet beschouwd worden als 'besluit' in de zin van de Advocatenwet.<sup>82</sup>

De Orde zou een eventuele beslissing over de (gedeeltelijke) afschaffing van het 'no cure, no pay'-verbod dus kunnen gieten in de vorm van een wijziging van de gedragsregels, of in de vorm van de uitvaardiging van een nieuwe verordening. In het ene geval staat de minister machteloos ten opzichte van de beslissing van de Orde, in het andere geval staat repressief toezicht open.

Ook kan de situatie zich voordoen dat de Orde een verordening in de zin van de Advocatenwet uitvaardigt houdende de (gedeeltelijke) intrekking van het 'no cure, no pay'-verbod, en dat de minister van Justitie vervolgens besluit tot vernietiging van deze verordening. In een dergelijke situatie heeft de Orde uiteraard een *state action defence* tegen het feit dat afschaffing van de 'no

76. Deze mogelijkheid wordt nu nog geblokkeerd door art. 17 lid 2 WNA, teneinde de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de notaris te waarborgen. Zie voor de hervormingsvoorstellen waarin de optie van een notaris in loondienst van een andere notaris naar voren komt: *Mededinging versus domeinmonopolie en ministerieplicht. Over de gevolgen van marktwerking in het notariaat*, p. 12 en 109; *Rechtszekerheid als publiek belang. Over de notaris, zijn domein en de markt*, p. 73 (zie noot 13). Zie verder het concept-wetsvoorstel 'Wet notaris in dienstbetrekking' van het Ministerie van Justitie, beschikbaar op <[http://www.justitie.nl/Images/Wetsvoorstel%20nid%20consultatie.2\\_tcm74-37939.doc](http://www.justitie.nl/Images/Wetsvoorstel%20nid%20consultatie.2_tcm74-37939.doc)>.

77. Besluit van de d-g NMa, 21 februari 2002, zaaknr. 560 (*Engelgeer t. Nederlandse Orde van Advocaten*); zie ook Besluit op bezwaar van de d-g NMa, 5 november 2003, zaaknr. 3447 (*Engelgeer-vlod*).

78. Art. 16 Mw oud (de collisiebepaling) bevatte een tijdelijke vrijstelling van het kartelverbod van art. 6 Mw voor overeenkomsten, besluiten of gedragingen die reeds op grond van een andere wet aan toezicht waren onderworpen of op grond van een wettelijke verplichting tot stand waren gekomen. Uiteraard was art. 16 Mw ook van toepassing ten aanzien van de verordeningen van de Orde van Advocaten, aangezien deze onderworpen zijn aan repressief toezicht van de Minister van Justitie. Art. 16 Mw is inmiddels afgeschaft. Met het verwijderen van art. 16 Mw wilde het kabinet voorkomen dat bepaalde gedragingen buiten het nationale mededingingsrecht zouden vallen, maar binnen het Europese mededingingsrecht. Bovendien wilde men hiermee de toezichthouders in verscheidene sectoren dwingen het mededingingsrecht goed in acht te nemen.

79. KB 9 maart 2005, *Stb.* 2005, 123.

80. Zie Persbericht 05-06 van de NMa van 4 maart 2005, NMa maakt rapport op over verbod 'no cure no pay', op <[http://www.nmanet.nl/nl/nieuws\\_en\\_publicaties/persberichten/0506.asp](http://www.nmanet.nl/nl/nieuws_en_publicaties/persberichten/0506.asp)>.

81. Art. 30 Aw.

82. De gedragsregels zijn niet te kwalificeren als een bestuursrechtelijk besluit in de zin van de Advocatenwet, omdat deze regels slechts zijn te beschouwen als handelingsadviezen en niet direct zijn gericht op een extern rechtsgevolg. Zie hierover nader: Besluit van de d-g NMa, 21 februari 2002, zaaknr. 560 (*Engelgeer t. Nederlandse Orde van Advocaten*), randnr. 89-91.

cure, no pay'-regel uiteindelijk geen doorgang vindt en de mededingingsbeperking in stand blijft.<sup>83</sup>

Als de Orde over zou gaan tot een directe wijziging van haar gedragsregels tot (gedeeltelijke) intrekking van het 'no cure, no pay'-verbod, dan valt dit buiten de vernietigingsbevoegdheid van de minister. De Minister van Justitie kan het verbod op 'no cure, no pay' dan alleen nog handhaven door het op te nemen in een formele wet (i.c. de Advocatenwet). In dat geval valt de Orde als ondernemersvereniging natuurlijk helemaal niets te verwijten en is het alleen de minister die het verbod in stand houdt.

Overigens heeft de Minister van Justitie, onafhankelijk van het aangekondigde optreden van de NMa tegen de Orde, verklaard het 'no cure, no pay'-verbod te willen regelen bij formele wet. Het verbod heeft een zo fundamenteel karakter dat het beter lijkt, in navolging van ons omringende landen, om het in de wet zelf op te nemen. Alvorens hiertoe over te gaan, wil de minister echter eerst het advies afwachten van de Commissie advocatuur over de positie van de advocatuur in het maatschappelijk bestel.<sup>84</sup>

Mocht de Advocatenwet aldus aangepast worden, dan zal de NMa op basis van de Nederlandse Mededingingswet niet meer kunnen optreden. Dit onderdeel van de Advocatenwet geldt dan als 'lex specialis' of 'lex posterior' ten opzichte van de Mw. Maar ook voor een NMa-optreden op basis van het communautaire mededingingsrecht zijn onder deze omstandigheden waarschijnlijk onvoldoende aanknopingspunten te vinden. Een 'effet utile'-constatering tegen de Nederlandse staat zou immers bemoeilijkt worden door het ontbreken van een daadwerkelijke rol van het beroepsveld bij de totstandkoming en uitvoering van het 'no cure, no pay'-verbod. Zeker nu de Orde van Advocaten met haar 'no cure, no pay'-proef zelf initiatieven heeft ontplooid tot gedeeltelijke afschaffing van het verbod, valt haar niet zoveel mededingingsbeperkend (meer) te verwijten. Mocht de minister de voorgestelde wetwijziging door de Tweede Kamer loodsen, dan is de daaruit voortvloeiende mededingingsbeperking niet (langer) mede afkomstig van een ondernemersvereniging. Zij vindt haar oorsprong in dat geval uitsluitend bij de overheid.

Betekent dit dat de Nederlandse wetgever dan automatisch buiten schot blijft van het EG-recht? Nee, de Commissie zou een verdragschendingsprocedure kunnen overwegen tegen Nederland wegens belemmering van het vrij verkeer van diensten of de vrijheid van vestiging.<sup>85</sup> Het EG-Verdrag biedt immers meer juridische instrumenten dan alleen de bepalingen betreffende het communautaire mededingingsrecht. De Commissie lijkt in haar beleid echter nog niet zo ver te zijn dat ze 'no cure, no pay'-verboden aan gaat pakken in iedere lidstaat<sup>86</sup>, op welke grond dan ook. Het wegnemen van vaste prijzen en reclameverboden in de vrije beroepen staat momenteel waarschijnlijk hoger op de agenda.

## 10. Overige voorschriften

De Minister van Justitie lijkt veel te voelen voor een hechtere collegiale samenwerking in de toekomst, vooral waar het gaat om intercollegiale kwaliteitstoetsing. Advocaten zullen elkaar meer moeten opzoeken om elkaars vakmanschap te toetsen en te verbeteren. Deze toetsing zou mede plaats kunnen vinden binnen specialisatieverenigingen van advocaten. Belangenverenigingen van advocaten die zich richten op samenwerking tussen beroepsbeoefenaars binnen een bepaald rechts-terrein zijn de laatste jaren sterk in opkomst.<sup>87</sup>

Collegiale kwaliteitstoetsing lijkt op zich de mededinging niet te belemmeren, zolang de hechtere samenwerking zich maar richt op verbetering van kwaliteit van beroepsuitoefening, en geen kader wordt voor mededingingsbeperkend gedrag als het maken van prijsafspraken. Belangrijk is dat de verschillende specialisatieverenigingen de Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen<sup>88</sup> goed in de gaten houden. De richtsnoeren hebben o.a. tot onderwerp erkenningsregelingen, lidmaatschapscriteria van brancheorganisaties en gedragscodes. Zo worden in erkenningsregelingen de activiteiten van ondernemingen getoetst aan een aantal kwalitatieve criteria. Als de activiteiten van een onderneming aan die criteria voldoen, dan wordt deze onderneming 'erkend' en kan zij dit kenbaar maken aan het publiek door middel van bijv. een logo. In de richtsnoeren is bepaald dat erkenningsregelingen een open karakter moeten hebben, objectieve, niet-discriminerende eisen dienen te bevatten, en uit moeten gaan van een

83. De *state action defence* vormt een schulditsluitingsgrond van schending van het mededingingsrecht voor ondernemingen wier mededingingsbeperkende gedragingen niet zijn terug te voeren op autonoom ondernemersgedrag, maar worden voorgeschreven door een nationale wet, of, iets breder, vallen binnen een kader van overheidsregelgeving dat weinig ruimte laat voor zelfstandig optreden van een onderneming en dat ervoor zorgt dat mededingingsbeperkingen buiten de invloedssfeer van ondernemingen zelf blijven.

84. Zie het nader rapport (de reactie) van de Minister van Justitie van 4 maart 2005 op het advies van de Raad van State d.d. 23 februari 2005 over het vernietigingsbesluit van de minister, kenmerk W03.04 0633/I, te raadplegen via <www.raadvanstate.nl>, één na laatste alinea.

85. Zie voor de nuances van de toepassing van art. 43 en 49 EG op overheidsmaatregelen die juridisch niet discrimineren, maar wel de handel tussen de lidstaten belemmeren: zaak C-134/03 (*Viacom*), n.n.g.; zaak C-405/98 (*Gourmet*), *Jur.* 2001, I-1795; gev. zaken C-34-36/95 (*De Agostini*), *Jur.* 1997, I-3843; zaak C-384/93 (*Alpine Investments*), *Jur.* 1995, I-1141.

86. Vgl. ook de beschikking van de Commissie in de *EPI*-zaak, waarin zij concludeerde dat een 'no cure, no pay'-verbod voor octrooigemachtigden gerechtvaardigd is teneinde de onpartijdigheid van de gemachtigden te garanderen en het doelmatig functioneren van het Europees Octrooibureau zeker te stellen. Met het verbod wordt bewerkstelligd dat de kwaliteiten van het octrooi of van de oppositie daartegen de enige (en juiste) basis vormen voor procedures bij het Octrooibureau. Zie Commissiebeschikking 1999/267/EG, *EPI*-gedragscode, *Pb.* 1999, L 106/14, ov. 35.

87. Zie voor een overzicht en beschrijving van bestaande specialisatieverenigingen, *Advocatenblad* 2004-14.

88. Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen, *Stcrt.* 2005, nr. 67, p. 20-24.

transparante procedure die culmineert in een onafhankelijke beslissing waartegen beroep openstaat.<sup>89</sup>

Bij het notariaat concentreert de vernieuwingsdrang zich op de modi voor geschillenoplossing. Zo stelt het ministerie van Economische Zaken voor een geschillencommissie te installeren, evenals een 'consumenten-zetel' bij de KNB.<sup>90</sup> De kwaliteit van de dienstverlening aan de consument kan op deze wijze beter gegarandeerd worden dan via een systeem van tuchtrechtspraak.<sup>91</sup> De advocatuur kent met de Geschillencommissie Advocatuur al een instelling voor geschillenbeslechting.

Mededingingsrechtelijk gezien lijkt zowel tuchtrechtspraak als een systeem met een geschillencommissie toelaatbaar: mocht men al een beperking van de vrije concurrentie zien in deze kwaliteitsbewakingsystemen, dan zijn ze zeker te beschouwen als inherent aan een goede beroepsuitoefening of te rechtvaardigen onder de 'rule of reason'. En afhankelijk van de samenstelling en werkwijze van de met het toezicht of de geschillenbeslechting belaste commissies, zijn deze wellicht niet eens te kwalificeren als (onderdeel van) een ondernemersvereniging.

## 11. Conclusie

Mario Monti heeft op D-G Concurrentie een erfenis achtergelaten in zijn streven om tot meer concurrentie te komen in de vrije beroepssector. Het is interessant om te zien welk vervolg de nieuwe Europees Commissaris op Mededinging, Neelie Kroes, hieraan gaat geven de komende jaren. In Nederland geven het ministerie van Economische Zaken en de NMa in ieder geval gehoor aan de oproep van de Commissie om bestaande beroepsregels kritisch te bekijken.

In haar Mededeling over de mededinging op het gebied van professionele dienstverlening uit 2004 onderscheidt de Commissie feitelijk zes reguleringsgebieden die de mededinging beperken. In dit rapport veroordeelt zij eigenlijk drie gebieden bij voorbaat: systemen van vaste prijzen, systemen van aanbevolen prijzen en reclameverboden. De Commissie stelt verder nog drie vormen van regulering ter discussie, te weten toegangsvereisten tot het vrije beroep, exclusieve werkzaamheden en voorschriften betreffende de zakelijke structuur. Het punt bij deze laatste reguleringsgebieden is niet zozeer dat ze volledig dienen te verdwijnen, de vraag is in welke mate en welke vorm ze gehandhaafd dienen te blijven. Uitgangspunt hierbij is dat beroepsregels objectief gerechtvaardigd dienen te worden – hoe minder mededingingbeperkend, met inachtneming van hun deontologische doel, hoe beter.

89. Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen, randnr. 88-94.

90. *Rechtszekerheid als publiek belang. Over de notaris, zijn domein en de markt*, p. 72 (zie noot 13). Overigens is een geschillenregeling het notariaat niet vreemd: zie art. 55 WNA.

91. *Pamflet vrije beroepen*, p. 7.

92. Mededeling Commissie van 9 februari 2004, p. 25 en 26.

Bij lezing van de opmerking in haar Mededeling dat de Commissie reeds in 2005 met een *follow-up* wil komen over de geboekte vorderingen inzake deregulering van vrije beroepen<sup>92</sup>, ontstaat de indruk dat de Commissie wel heel hard van stapel loopt. Het zal wel enige tijd vergen om de regulerende instanties in alle lidstaten zo ver te krijgen dat men alle regels gaat 'screenen'; en zo die instanties daartoe zouden overgaan, dan heeft ook dat wel enige tijd nodig. Daarbij komt dat de Commissie zelf haar handen vol zal hebben om alle beroepsregels in vijftientig lidstaten in de gaten te houden, en een consequente en uniforme benadering van deze regels te coördineren. Mij lijkt dat de Commissie zich eerst vooral zal bezighouden met flagrante en nauwelijks te rechtvaardigen mededingingsbeperkingen als prijsafspraken en reclameverboden. Hiervan is in een aantal Europese lidstaten nog steeds sprake. Nederland komt wat betreft advocatuur en notariaat nauwelijks meer voor in de schema's van de Commissie over deze twee onderwerpen, en zit wat dit betreft dus goed.

Over de staat van de juridische vrije beroepen in het woelige economische water van Nederland kan afrondend het volgende gezegd worden.

In de Nederlandse advocatuur zijn wat betreft de regulering van marktgedrag drie categorieën te onderscheiden: voorschriften die reeds zijn gesneuveld onder de druk van het mededingingsrecht, zoals de door de beroepsorganisatie vastgestelde vaste tarieven voor advocaten; regels die onder vuur liggen van het mededingingsrecht, zoals het 'no cure, no pay'-verbod; en regels die vooralsnog uit de klauwen van het mededingingsrecht weten te blijven, zoals het samenwerkingsverbod voor accountants en advocaten en het procesmonopolie van advocaten.

In het Nederlandse notariaat is de volgende driedeling te maken wanneer het gaat om marktgedrag: voorschriften die reeds onder druk van de dereguleringsoperatie MDW en van het mededingingsrecht zijn gesneuveld, zoals de vaste tarieven voor de meeste notarisdiensten; regels die onder vuur liggen van economischbeleidmakers, zoals de ministerieplicht en (onderdelen van) het domeinmonopolie; en voorschriften die voorlopig (grotendeels) met rust worden gelaten door de vrijemarkt-denkers, zoals de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de notaris.

De eindconclusie kan dan ook zijn dat vooral de regels over een goede beroepsuitoefening in de nabije toekomst nog tot interessante botsingen zullen leiden met het mededingingsrecht en 'autonome' liberaliseringinitiatieven. Uiteraard vormt de strijd rond het 'no cure, no pay'-verbod een goed voorbeeld. Op dit onderwerp blijven op korte termijn heftige tegenstellingen te verwachten tussen een deontologisch belang aan de ene kant en een economisch (mededingings)belang aan de andere kant. De NMa heeft hier al een voorschot op genomen door opnieuw een procedure te starten tegen

het 'no cure, no pay'-verbod van de Nederlandse Orde van Advocaten.

Ook het boek over samenwerkingsverbanden tussen vrijeberoepsbeoefenaren is niet definitief gesloten. Naarmate vrije beroepen zich verder ontwikkelen, controlemechanismen verbeteren of tegenstellingen verdwijnen zouden de gevaren van een bepaalde samenwerking zomaar af kunnen nemen.

In het notariaat zijn klassieke instituten als de ministerieplicht en het domeinmonopolie onderwerp van hervormingsplannen. Hier komt de bedreiging niet zozeer direct van het mededingingsrecht, als wel van 'autonome' beleidsinitiatieven vanuit het ministerie van Economische Zaken.